



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2014

Zwingende Natur von Art. 404 OR

Buff, Felix ; Von der Crone, Hans Caspar

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-105532>

Journal Article

Originally published at:

Buff, Felix; Von der Crone, Hans Caspar (2014). Zwingende Natur von Art. 404 OR. Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 86(3):332-343.

Zwingende Natur von Art. 404 OR

Bundesgerichtsurteil 4A_284/2013 vom 13. Februar 2014

Mit Bemerkungen von MLaw Felix Buff und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**
 - 1. Sachverhalt
 - 2. Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte**
 - 1. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 17. April 2013
 - 2. Urteil des Bundesgerichts vom 13. Februar 2014
 - 2.1 Qualifikation des Vertrags
 - 2.2 Beendigung nach Art. 404 OR
 - 2.2.1 Natur und Tragweite von Art. 404 OR
 - 2.2.2 Folgen einer Beendigung
- III. Bemerkungen**
 - 1. Praxis des Bundesgerichts zu Art. 404 OR
 - 2. Natur von Art. 404 OR
 - 2.1 Kontroverse um die zwingende Natur von Art. 404 Abs. 1 OR
 - 2.1.1 Rechtfertigung
 - 2.1.2 Kritik
 - 2.2 Beurteilung des zwingenden Kündigungsrechts
 - 2.2.1 Unbestimmtheit des Auftrags
 - 2.2.2 Fehlende Durchsetzungsmöglichkeit
 - 2.2.3 Erwartungsschutz durch jederzeitige Kündbarkeit
 - 2.2.4 Besonderes Vertrauensverhältnis
 - 2.2.5 Resultat
 - 3. Folgen einer Beendigung
 - 3.1 Kündigung zur Unzeit nach Art. 404 Abs. 2 OR
 - 3.1.1 Bestimmung der Unzeit
 - 3.1.2 Schadenersatz wegen Kündigung zur Unzeit
 - 3.2 Investitionsausgleich
 - 3.3 Würdigung
 - 4. Tragweite von Art. 404 OR
 - 4.1 Anwendbarkeit auf atypische Auftragsverhältnisse
 - 4.2 Anwendbarkeit auf Verträge mit Dauerschuldcharakter
- IV. Revision von Art. 404 OR**
- V. Fazit**

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt

Die Y. Immobilien AG (Y. AG) und die X. AG unterzeichneten am 16. Juli 2002 eine «Zusammenarbeits-Vereinbarung». Im Rahmen der damit begrün-

deten Kooperation übertrug die Y. AG die Verwaltung von Immobilien in der Region Zürich mit jährlichen Bruttomieteinnahmen von ca. CHF 20 Mio. an die X. AG. Die Abteilung Liegenschaftsverwaltung der Y. AG wurde dazu in die Lokalitäten der X. AG verlegt. Die Y. AG trat aber unverändert unter eigener Firma auf und schloss weiterhin Mietverträge in eigenem Namen ab. Zwecks effizienter Abwicklung der Verwaltungstätigkeit erteilte die Y. AG der X. AG eine Vollmacht über ihr Betriebskonto.

Der Vertrag wurde fest für eine Dauer von fünf Jahren abgeschlossen. Für den Fall einer vorzeitigen Beendigung aus wichtigen Gründen wurde eine Konventionalstrafe über CHF 200 000 vereinbart.

Mit Schreiben vom 27. Juli 2004 kündigte die Y. AG die Zusammenarbeit gestützt auf Art. 404 Abs. 1 OR. Die Vereinbarung sollte demzufolge per 30. September 2004, knapp drei Jahre vor Ablauf der Vertragslaufzeit, aufgelöst werden. Als Reaktion auf die Kündigung tätigte die X. AG in den verbleibenden zwei Monaten vom Betriebskonto verschiedene Überweisungen an sich selbst. Damit wollte sich die X. AG eigenmächtig für die Ausfälle aufgrund der vorzeitigen Vertragsbeendigung entschädigen. Neben anderen Positionen belastete sie dem Konto der Y. AG auch die vereinbarte Konventionalstrafe. Die Y. AG erachtete sämtliche Bezüge als unrechtmässig und forderte die X. AG zu deren Rückerstattung auf.

2. Prozessgeschichte

Mit Klage beim Handelsgericht des Kantons Zürich machte die Y. AG gegenüber der X. AG diverse Ansprüche in einer Gesamthöhe von CHF 473 020.25 anhängig. Dieser Betrag setzt sich im Wesentlichen aus der eigenmächtig bezogenen Konventionalstrafe, den weiteren unrechtmässigen Bezügen vom Betriebskonto und Schadenersatz wegen Verletzung der Zusammenarbeits-Vereinbarung durch die X. AG zusammen. Die X. AG bestritt sämtliche gegen sie geltend gemachten Ansprüche. Bezüglich einiger Forderungen erhob sie die Einrede der Verjährung. Für den Fall, dass einzelne Forderungen als begründet und durchsetzbar beurteilt würden, erklärte sie Verrechnung mit eigenen Ansprüchen gegen die Y. AG. Diese sah sie in der schuldhaften Verkürzung der Zusammenarbeit begründet.

Das Handelsgericht verpflichtete die X. AG mit Urteil vom 17. April 2013 zur Rückerstattung der Konventionalstrafe und diverser weiterer unrecht-

* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

mässiger Bezüge. Es sprach der Y. AG einen Anspruch in der Gesamthöhe von CHF 297 137.15 nebst Zins zu.

Mit Beschwerde in Zivilsachen und subsidiärer Verfassungsbeschwerde gelangte die X. AG ans Bundesgericht. Dieses wies die Beschwerden ab, soweit es darauf eintrat.

II. Erwägungen der Gerichte

1. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 17. April 2013

Das Handelsgericht setzte sich zunächst mit der Qualifikation der Zusammenarbeits-Vereinbarung auseinander. Die Interessen der Y. AG seien auf die optimale Verwaltung ihrer Liegenschaften und auf die bestmögliche Leitung und Organisation ihrer Abteilung Liegenschaftsverwaltung gerichtet gewesen. Demgegenüber lagen die Interessen der X. AG nicht in der Bewirtschaftung der Liegenschaften, sondern in dem mit den übernommenen Aufgaben erzielbaren Entgelt.¹ Da keine gemeinsame Zweckverfolgung vorliege, falle eine Qualifikation als einfache Gesellschaft ausser Betracht. Die Zusammenarbeits-Vereinbarung sei hinsichtlich der Verpflichtungen im Bereich Liegenschaftsverwaltung als Auftrag i.S.v. Art. 394 ff. OR zu qualifizieren.²

Bei der Verlegung der Abteilung Liegenschaftsverwaltung der Y. AG in die Räumlichkeiten der X. AG handle es sich um eine Nutzungsüberlassung von Geschäftsräumen gegen Entgelt. Die Verwendung der dortigen Infrastruktur sei deshalb als Pachtvertrag zu qualifizieren.³

In einer Gesamtbetrachtung seien die Rechtsbeziehungen der Parteien schwergewichtig durch die Geschäftsbesorgungsaufgaben der X. AG geprägt gewesen. Das pachtrechtliche Element nehme im Vergleich dazu lediglich eine untergeordnete Rolle ein. Aus diesem Grund sei für die Auflösung des gesamten Vertrags das Auftragsrecht und mithin die Regelung zu Widerruf und Kündigung nach Art. 404 OR anwendbar. Die Y. AG war entsprechend berechtigt,

den Vertrag auf der Grundlage von Art. 404 Abs. 1 OR vor Ablauf der Vertragslaufzeit zu beenden.⁴

Nach ausführlicher Prüfung der einzelnen geltend gemachten Schadensposten hiess das Handelsgericht die Forderungen der Y. AG mehrheitlich gut. Es sprach der Y. AG einen Anspruch in der Gesamthöhe von CHF 297 137.15 zu.⁵

In der Folge prüfte das Handelsgericht, ob allfällige Gegenforderungen der X. AG bestünden und deren Verrechnung zulässig wäre. Da die Zusammenarbeits-Vereinbarung hinsichtlich Beendigung dem Auftragsrecht unterstehe, könnten allfällige Schadenersatzansprüche der X. AG höchstens nach Massgabe von Art. 404 Abs. 2 OR bestehen. Keine der behaupteten Gegenforderungen lasse sich unter diese Bestimmung subsumieren. Somit bestehe kein Anspruch auf Schadenersatz, der zur Verrechnung gebracht werden könnte.⁶ Vom Handelsgericht wurde offengelassen, ob mit der vereinbarten Konventionalstrafe von CHF 200 000 allfälliger Schadenersatz wegen Kündigung zur Unzeit in zulässiger Weise pauschalisiert wurde oder ob dadurch das jederzeitige Kündigungsrecht von Art. 404 Abs. 1 OR unzulässig eingeschränkt werden sollte.⁷

2. Urteil des Bundesgerichts vom 13. Februar 2014

2.1 Qualifikation des Vertrags

Wie das Handelsgericht ermittelte auch das Bundesgericht zunächst, welche gesetzlichen Bestimmungen auf die von den beiden Gesellschaften geschlossene Vereinbarung anwendbar seien. Von einem gemeinsamen Zweck als Gegenstand einer gemeinsamen vertraglichen Pflicht könne nicht ausgegangen werden.⁸ Im vorliegenden Fall wolle die Y. AG die Verwaltung ihrer Liegenschaften optimieren, während sich das Interesse der X. AG in einem möglichst hohen Entgelt für ihre Tätigkeit erschöpfe. Es liege somit ein typisches synallagmatisches Ver-

¹ Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 17. April 2013, Geschäfts-Nr. HG100117, E. 4.2.5.

² Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 17. April 2013, Geschäfts-Nr. HG100117, E. 4.2.7.

³ Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 17. April 2013, Geschäfts-Nr. HG100117, E. 4.2.8.

⁴ Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 17. April 2013, Geschäfts-Nr. HG100117, E. 4.2.9.

⁵ Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 17. April 2013, Geschäfts-Nr. HG100117, E. 4.3 bis 4.10.

⁶ Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 17. April 2013, Geschäfts-Nr. HG100117, E. 4.11.2.

⁷ Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 17. April 2013, Geschäfts-Nr. HG100117, E. 4.11.2.2.

⁸ BGer 4A_284/2013 vom 13. Februar 2014, E. 3.2.

tragsverhältnis mit Regelungsschwerpunkt im Auftragsrecht vor.⁹

Mit der geschlossenen Vereinbarung wurde die ordentliche Liegenschaftsverwaltung der Y. AG in die Lokalitäten der X. AG verlegt und dort von dieser organisiert und geleitet. Entgegen der Auffassung des Handelsgerichts sei darin aber kein pachtvertragliches Vertragselement zu erkennen. Die X. AG habe ihre Räumlichkeiten samt Einrichtung nicht zur Nutzung überlassen, sondern selbst genutzt. Es handle sich folglich nur um ein Mitbenutzungsrecht der Y. AG.¹⁰

2.2 Beendigung nach Art. 404 OR

2.2.1 Natur und Tragweite von Art. 404 OR

Das Bundesgericht prüfte, ob die Anwendung der auftragsrechtlichen Bestimmungen hinsichtlich der Vertragsbeendigung sachgerecht war. Nach Art. 404 Abs. 1 OR könne ein Auftrag jederzeit von beiden Parteien beendet werden. Dieses Kündigungsrecht sei zwingend und dürfe vertraglich nicht eingeschränkt werden. Es bestehe insbesondere auch dann, wenn ein Auftrag auf eine feste Dauer abgeschlossen werde.¹¹

Trotz der anhaltenden Kritik aus der Lehre wende das Bundesgericht Art. 404 OR auch auf atypische Auftragsverhältnisse wie beispielsweise gemischte Verträge an. Für die Frage, ob die Anwendung der auftragsrechtlichen Beendigungsbestimmungen sachgerecht sei, werde vor allem darauf abgestellt, ob nach Art des Vertrags ein gesteigertes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien vorliege.¹²

Während die von den Parteien mit der Zusammenarbeit verfolgten Zwecke und Interessen weitgehend denjenigen eines normalen Liegenschaftsverwaltungsvertrags entsprächen, lägen daneben Elemente vor, die für ein deutlich gesteigertes Vertrauensverhältnis sprächen. Als Hinweise für ein solches Verhältnis führte das Bundesgericht die Eingliederung der Verwaltung in den Betrieb der X. AG sowie deren umfangreiche Kompetenzen an. Die aussergewöhnliche Ausgestaltung der Zusammenarbeit lasse die Anwendung der auftragsrechtlichen Bestimmungen auf die Vertragsauflösung als sachgerecht er-

scheinen. Insoweit sei der angefochtene Entscheid nicht zu beanstanden.¹³

2.2.2 Folgen einer Beendigung

Die vereinbarte Integration könne allerdings ohne finanzielle Konsequenzen nicht jederzeit umgehend rückgängig gemacht werden. Damit stelle sich die Frage, ob allenfalls eine Kündigung zur Unzeit i.S.v. Art. 404 Abs. 2 OR vorliege.¹⁴ Bevor die X. AG jedoch einen Anspruch aus Art. 404 Abs. 2 OR ableiten könne, müsse sie aufzeigen, inwiefern die Kündigung trotz der gewährten Frist von zwei Monaten zur Unzeit erfolgte, und welcher Schaden ihr daraus konkret entstanden sei. Das Aufzeigen einer solchen Situation sowie der Nachweis eines Schadens seien misslungen. Damit könne sie wegen der Vertragsauflösung weder Schadenersatz noch die Konventionalstrafe beanspruchen. Die dafür erfolgten Abbuchungen seien entsprechend zu Unrecht erfolgt.¹⁵

III. Bemerkungen

1. Praxis des Bundesgerichts zu Art. 404 OR

Gemäss der langjährigen und ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das freie Kündigungsrecht von Art. 404 Abs. 1 OR zwingend und darf vertraglich nicht eingeschränkt werden.¹⁶ In letzter Zeit hat das Bundesgericht sodann unmissverständlich festgehalten, dass es auch in Zukunft nicht vom zwingenden Charakter von Art. 404 OR abzuweichen gedenke.¹⁷ Auch mittelbare Einschränkungen der jederzeitigen Kündbarkeit, beispielsweise in Form einer hohen Konventionalstrafe für den Fall einer sofortigen Vertragsbeendigung, sind

⁹ BGer 4A_284/2013 vom 13. Februar 2014, E. 3.4.4.

¹⁰ BGer 4A_284/2013 vom 13. Februar 2014, E. 3.5.2.

¹¹ BGer 4A_284/2013 vom 13. Februar 2014, E. 3.5.1.

¹² BGer 4A_284/2013 vom 13. Februar 2014, E. 3.5.1.

¹³ BGer 4A_284/2013 vom 13. Februar 2014, E. 3.5.2.

¹⁴ BGer 4A_284/2013 vom 13. Februar 2014, E. 3.6.1.

¹⁵ BGer 4A_284/2013 vom 13. Februar 2014, E. 3.6.2.

¹⁶ BGE 115 II 464, E. 2a; BGE 109 II 462, E. 3e; BGE 106 II 157, E. 2b; BGE 104 II 108, E. 4; BGE 103 II 129, E. 1; BGE 98 II 305, E. 2a; BGE 95 I 21, E. 5b; BGE 59 II 261; BGer 4A_141/2011 vom 6. Juli 2011, E. 2.2; BGer 4A_437/2008 vom 20. Februar 2009, E. 1.4 bis 1.6; BGer 4A_213/2008 vom 29. Juli 2008, E. 5.2.

¹⁷ BGer 4A_141/2011 vom 6. Juli 2011, E. 2.2; BGer 4A_437/2008 vom 20. Februar 2009, E. 1.4.

nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht zulässig.¹⁸

Den Anwendungsbereich von Art. 404 OR versteht das Bundesgericht weit: Sämtliche Auftragsverhältnisse sollen einer einheitlichen Beendigungsordnung unterstellt werden.¹⁹ Erfasst werden insbesondere auch gemischte Verträge, für welche hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Anwendung der auftragsrechtlichen Bestimmungen angemessen erscheint.²⁰ Die Tragweite der Bestimmung wird somit nicht auf typische Aufträge beschränkt.

Vereinzelte hat das Bundesgericht festgehalten, dass der Dauerschuldcharakter einer Vereinbarung der sinngemässen Anwendung von Art. 404 OR entgegenstehe.²¹ Diese Feststellung steht in einem gewissen Widerspruch zu mehreren Urteilen, in denen das Bundesgericht Dauerschuldverhältnisse als einfache Aufträge qualifizierte und Art. 404 OR unmittelbar zur Anwendung brachte.²² In der jüngeren Rechtsprechung lässt sich der Vorbehalt, wonach Art. 404 OR auf Dauerverträge nicht analog angewendet werden könne, nicht mehr finden.²³ Das Bundesgericht verfolgt nun auch in Bezug auf Dauerverträge eine einheitliche Praxis und wendet Art. 404 OR analog an.

Die unverändert restriktive Praxis des Bundesgerichts zur Zulässigkeit von Beschränkungen von Art. 404 OR soll im Folgenden vertieft analysiert werden.

2. Natur von Art. 404 OR

2.1 Kontroverse um die zwingende Natur von Art. 404 Abs. 1 OR

Eine der wohl bekanntesten Auseinandersetzungen des schweizerischen Vertragsrechts wird um die Natur von Art. 404 Abs. 1 OR geführt. Gegenstand dieser Kontroverse ist die Frage, inwieweit das jederzeitige Kündigungsrecht von Art. 404 Abs. 1 OR eine zwingende Bestimmung darstelle und deshalb nicht wegbedungen werden könne.

2.1.1 Rechtfertigung

Die zwingende Natur von Art. 404 Abs. 1 OR wird vom Bundesgericht in erster Linie mit dem ausgeprägten Vertrauensverhältnis begründet, das für das Auftragsverhältnis typisch ist.²⁴ Bei einer grundlegenden Störung dieses Vertrauensverhältnisses werde die Aufrechterhaltung der Vertragsbeziehung sinnlos. Zudem sei Art. 404 OR auf eine Weise in die Gesamtordnung des Auftragsrechts integriert, die alle Auftragsverhältnisse einem einheitlichen Beendigungssystem unterstelle.²⁵ Der Wortlaut der Bestimmung lasse keine Differenzierung zu.²⁶ Diese Praxis des Bundesgerichts sei mittlerweile derart gefestigt, dass eine Abwendung davon zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen würde.²⁷ Dies gelte umso mehr, als kein taugliches Kriterium für sinnvolle Differenzierungen existiere.²⁸

Neben dem Bundesgericht ist auch ein Teil der Lehre der Ansicht, dass Art. 404 OR in allen Fällen zwingender Natur sei.²⁹ Die entsprechenden Autoren

¹⁸ BGE 110 II 380, E. 3a; BGE 109 II 462, E. 4; BGE 104 II 108, E. 4; BGE 103 II 129, E. 1.

¹⁹ BGE 115 II 464, E. 2a/aa; in BGE 109 II 462, E. 3e hat das Bundesgericht die Frage, ob der zwingende Charakter von Art. 404 Abs. 1 OR sämtliche Auftragsverhältnisse erfasse, noch offengelassen.

²⁰ BGE 115 II 464, E. 2a; BGE 110 II 380, E. 2; BGE 104 II 108, E. 4; BGE 4A_141/2011 vom 6. Juli 2011, E. 2.2 und 2.3.

²¹ BGE 4C.228/2000 vom 11. Oktober 2000, E. 4; vgl. auch BGE 98 II 305, E. 2a; BGE 83 II 525, E. 1.

²² BGE 115 II 464, E. 2a; BGE 106 II 157, E. 2a; BGE 104 II 108, E. 4.

²³ BGE 4A_141/2011 vom 6. Juli 2011, E. 2.2; BGE 4A_237/2008 vom 29. Juli 2008, E. 3.2; BGE 4C.447/2004 vom 31. März 2005, E. 5.

²⁴ BGE 115 II 464, E. 2a; BGE 104 II 108, E. 4; BGE 4A_141/2011 vom 6. Juli 2011, E. 2.3; vgl. BGE 4A_213/2008 vom 29. Juli 2008, E. 5.2; BGE 4A_437/2008 vom 20. Februar 2009, E. 1.4.

²⁵ BGE 115 II 464, E. 2a/aa.

²⁶ BGE 115 II 464, E. 2a/aa; BGE 4A_141/2011 vom 6. Juli 2011, E. 2.3; vgl. dazu auch BGE 98 II 305, E. 2a.

²⁷ BGE 115 II 464, E. 2a/bb; vgl. ähnlich BGE 4A_437/2008 vom 20. Februar 2009, E. 1.6.

²⁸ BGE 115 II 464, E. 2a/cc; BGE 4A_437/2008 vom 20. Februar 2009, E. 1.6.

²⁹ Georg Gautschi, Berner Kommentar, Bd. VI/2, 4. Teilbd., Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, 3. Aufl., Bern 1971, N 10 ff. zu Art. 404 OR; Josef Hofstetter, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, SPR VII/6, 2. Aufl., Basel 2000, 53 ff.; Christoph Leuenberger, Dienstleistungsverträge, ZSR 126 (1987) II, 1 ff., 42 f.; Hans Merz, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Aufl., Freiburg 1992, N 319 ff.; Ders., Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1990, ZBJV 128

führen dabei weitere Argumente auf, welche für die Unabänderlichkeit der auftragsrechtlichen Beendigungsregeln sprechen sollen. Säre der Gesetzgeber in Art. 404 OR eine dispositive Norm, so hätte er den wichtigen Grund für die einseitige Auflösung erwähnt. Da im Gegensatz zum Arbeits-, Werk- und Agenturvertrag auf eine solche Einschränkung verzichtet wurde, müsse die Auflösung eines Auftragsverhältnisses stets voraussetzungslos möglich sein.³⁰ Die freie Widerruflichkeit sei zudem ein Wesensmerkmal des Mandats.³¹ Art. 404 OR stelle als Eckpfeiler des Mandatsrechts eine paritätische Regelung dar, welche dem Auftraggeber und dem Beauftragten dasselbe unverzichtbare Recht einräume.³² Ebenso wird die Ansicht vertreten, aufgrund der Offenheit des Auftrags müssten beide Seiten jederzeit die Möglichkeit haben, auf unvorhergesehene Entwicklungen mit der Beendigung des Vertrags zu reagieren.³³

2.1.2 Kritik

Der wohl überwiegende Teil der Lehre kritisiert die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Natur von Art. 404 OR. Im Fokus der Kritik steht die Rechtfertigung des zwingenden jederzeitigen Kündigungsrechts mit dem Argument des gesteigerten Vertrauensverhältnisses.³⁴ Dieses vermöge nur für unentgeltliche und höchstpersönliche Aufträge zu überzeugen und treffe damit nur für eine kleine Zahl aller denkbaren Auftragsformen zu.³⁵ Für die grosse

Mehrheit der Auftragstypen, bei denen eine Fortführung des Auftragsverhältnisses nicht zu einer Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 27 ZGB führen könne, bestehe deshalb ein Begründungsdefizit.³⁶

Nach dem für das schweizerische Obligationenrecht zentralen Prinzip der Vertragsfreiheit muss allen Normen, die nicht dem *ordre public* zuzurechnen sind, dispositive Natur zukommen.³⁷ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung verletze auch den vertragsrechtlichen Grundsatz *pacta sunt servanda*.³⁸ Vertragsverhältnisse, auf welche Art. 404 OR zur Anwendung komme, fehle nahezu jede Bindungswirkung. Sobald ein Auftrag für eine Partei wirtschaftlich uninteressant werde, könne sie beinahe ohne Weiteres davon zurücktreten.³⁹

Vor diesem Hintergrund ist nach einer weit verbreiteten Auffassung in der Lehre zwischen typischen und atypischen Aufträgen zu unterscheiden.⁴⁰ Ein Auftrag sei grundsätzlich als typisch zu qualifizieren, wenn er entweder unentgeltlicher oder höchstpersönlicher Natur sei.⁴¹ In diese Kategorie fallen insbesondere Verträge mit Ärzten, Rechtsan-

(1992), 202 ff., 219 f.; *Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger*, Zürcher Kommentar, Bd. V/2, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184–418 OR, 2. Aufl., Zürich 1936, N 2 zu Art. 404 OR.

³⁰ *Hofstetter* (Fn. 29), 67; vgl. auch *Jürg Peyer*, Der Widerruf im Schweizerischen Auftragsrecht, Diss. Zürich 1974, 134 f.

³¹ *Gautschi* (Fn. 29), N 67a zu Art. 395 OR; *Leuenberger* (Fn. 29), 43; kritisch zu diesem Argument insbesondere *Peter Gauch*, Art. 404 OR – Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters, recht 10 (1992), 7 ff., 18.

³² *Gautschi* (Fn. 29), N 15a zu Art. 404 OR; vgl. dazu *Hofstetter* (Fn. 29), 63. In BGE 98 II 305, E. 2a wurde dieses Argument auch vom Bundesgericht verwendet.

³³ *Hofstetter* (Fn. 29), 69 f.

³⁴ Ausführlich *Gauch* (Fn. 31), 13 ff.; vgl. auch *Aurelia C.K. Frick*, Die Beendigung des einfachen Auftrages (Art. 404 und 405 OR), Diss. Basel 2005, 70 f.

³⁵ Vgl. *Eric Homburger*, Zwingende Natur des jederzeitigen Widerrufsrechtes nach Art. 404 Abs. 1 OR, SZW 63 (1991), 35 f.

³⁶ Besonders eingehend zum Begründungsdefizit *Walter Fellmann*, Berner Kommentar, Bd. VI/2, 4. Teilbd., Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, 4. Aufl., Bern 1992, N 135 ff. zu Vorb. Art. 394–406 OR.

³⁷ *Heinrich Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010, 338 m.w.H.

³⁸ *Markus Reber*, Art. 404 OR – ein erratischer Block aus dem Römischen Recht im heutigen Auftragsrecht, in: *Pascal Pichonnaz/Nedim Peter Vogt/Stephan Wolf* (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts – Festschrift für Bruno Hühner zum 65. Geburtstag, Bern 2007, 499 ff., 511 ff.; vgl. *Claire Huguenin*, Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012, N 3310.

³⁹ *Manuel Liatowitsch/Andrea Mondini*, Jederzeitige Kündbarkeit von Aufträgen schadet dem Dienstleistungsstandort Schweiz, AJP 18 (2009), 294 ff., 299.

⁴⁰ *Eugen Bucher*, Obligationenrecht – Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988, 228; *Pierre Engel*, Contrats de droit suisse, 2. Aufl., Bern 2000, 510; *Carole Gehrer/Gion Giger*, in: *Claire Huguenin/Markus Müller-Chen/Daniel Girsberger* (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319–529 OR, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 8 zu Art. 404 OR; *Homburger* (Fn. 35), 35 f.; *Huguenin* (Fn. 38), N 3310; *Liatowitsch/Mondini* (Fn. 39), 299; *Rolf H. Weber*, in: *Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand* (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011, N 10 zu Art. 404 OR.

⁴¹ *Liatowitsch/Mondini* (Fn. 39), 299; *Weber* (Fn. 40), N 10 zu Art. 404 OR. Typische und atypische Aufträge werden teilweise leicht abweichend abgegrenzt (vgl. etwa *Bucher* (Fn. 40), 228).

wälten oder Treuhändern. Für typische Aufträge sei die zwingende Natur von Art. 404 OR vertretbar. Bei Fehlen eines dieser beiden Charakteristika sei ein Auftragsverhältnis als atypisch zu bezeichnen.⁴² Bei atypischen Aufträgen müsse es den Parteien offenstehen, Art. 404 OR durch eine parteiautonome Regelung zu ersetzen.

Auch findet sich im Schrifttum der Vorschlag, zwischen Kündigungsmacht und Kündigungsrecht zu unterscheiden. Beide Vertragsparteien hätten zwar jederzeit die Macht, den Auftrag zu beenden. Das Recht dazu sei hingegen durch vertragliche Absprachen einschränkbar.⁴³

Andere Lehrmeinungen gehen noch weiter, indem sie die Natur von Art. 404 Abs. 1 OR grundsätzlich als dispositiv qualifizieren.⁴⁴ Begründet wird diese Auffassung insbesondere mit dem ohnehin schon gewährleisteten Schutz des Auftraggebers: Da für diesen jederzeit die Möglichkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund auf der Grundlage von Art. 27 ZGB bestehe, sei der zwingende Charakter von Art. 404 OR überflüssig.⁴⁵

Mittlerweile fordert gar eine Motion mit dem Titel «Artikel 404 OR. Anpassung an die Erfordernisse des 21. Jahrhunderts»⁴⁶, dass der zwingende Charakter von Art. 404 OR einer Prüfung unterzogen werde. National- und Ständerat haben die Motion angenommen. Das Geschäft wurde ans Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) überwiesen, wo es aktuell hängig ist.⁴⁷

2.2 Beurteilung des zwingenden Kündigungsrechts

2.2.1 Unbestimmtheit des Auftrags

Ein zentrales Merkmal von Mandatsverhältnissen ist ihre inhaltliche Offenheit.⁴⁸ Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses lässt sich der genaue Inhalt eines Auftrags typischerweise gerade nicht bestimmen. Der Verlauf eines Auftragsverhältnisses steht nicht im Voraus fest, sondern ergibt sich dynamisch aus den Entscheidungen und Handlungen der Parteien. Das Mandat ist während der Vertragserfüllung im Fluss und laufenden Veränderungen und Anpassungen ausgesetzt, zu der auch die jederzeit möglichen Präzisierungen durch Weisungen des Mandanten gehören (vgl. Art. 397 Abs. 1 OR).⁴⁹

Die inhaltliche Offenheit des Auftrags widerspiegelt sich insbesondere in der Leistung, die der Beauftragte schuldet. Der Beauftragte hat einen Beitrag zum Erreichen des Zieles zu leisten, das der Auftraggeber mit dem Auftragsverhältnis anstrebt, ohne dass er für den Erfolg einzustehen hätte oder dass im Voraus feststellbar wäre, wie dieser Beitrag idealerweise auszusehen hat.⁵⁰ Innerhalb des durch die Weisungen des Auftraggebers definierten Rahmens nimmt der Beauftragte seine Aufgabe in weitgehender Selbständigkeit wahr.

Auftragsverhältnisse sind damit, um die ökonomische Terminologie zu verwenden, sogenannte «unvollständige Verträge». Unvollständige Verträge zeichnen sich dadurch aus, dass mehr oder minder grosse Teile der relevanten Leistung *ex ante* nicht vollständig definiert sind und auch nicht vollständig definiert werden könnten.⁵¹ Je weniger sich die vertraglichen Leistungen im Kontrahierungszeitpunkt festlegen lassen, desto unvollständiger ist der Ver-

⁴² Weber (Fn. 40), N 10 zu Art. 404 OR; siehe auch ausführlich Peyer (Fn. 30), 163 ff.

⁴³ Zum Ganzen Franz Werro, *Le mandat et ses effets*, Habil. Freiburg 1993, N 271 ff.

⁴⁴ Fellmann (Fn. 36), N 111 ff. zu Art. 404 OR; Peter Gauch, *Der Auftrag, der Dauervertrag und Art. 404 OR*, SJZ 101 (2005), 520 ff., 524; Ders. (Fn. 31), 21; Honsell (Fn. 37), 338 f. Für entgeltliche Aufträge ebenfalls zustimmend Frick (Fn. 34), 91 f.; Reber (Fn. 38), 537 f.

⁴⁵ Fellmann (Fn. 36), N 135 zu Art. 404 OR; Gauch (Fn. 44), 524; Honsell (Fn. 37), 338.

⁴⁶ Vgl. dazu die Motion «Adapter le droit du mandat et l'article 404 CO au XXI^e siècle» (Nr. 11.3909), eingereicht am 29. September 2011 von Nationalrat Luc Barthassat.

⁴⁷ Vgl. zum Ganzen weiterführend Franz Werro/Jacques Douzals/Maxence Carron, *Les enjeux et la concrétisation de la réforme de l'art. 404 CO*, AJP 22 (2013), 213 ff., *passim*.

⁴⁸ Hofstetter (Fn. 29), 38; Fellmann (Fn. 36), N 92 zu Art. 394 OR; Weber (Fn. 40), N 2 zu Art. 394 OR; vgl. dazu Peyer (Fn. 30), 72 f.

⁴⁹ Vgl. Hofstetter (Fn. 29), 38, der in dieser Hinsicht gewisse Parallelen zwischen einem Auftrag und einem Rahmenvertrag sieht (siehe dort Fn. 13).

⁵⁰ Fellmann (Fn. 36), N 94 zu Art. 394 OR; Honsell (Fn. 37), 325; vgl. Peter Derendinger, *Die Nicht- und die nichttrichtige Erfüllung des einfachen Auftrags*, 2. Aufl., Diss. Freiburg 1990, N 92 f.

⁵¹ Zum Konzept der unvollständigen Verträge grundlegend Sanford J. Grossmann/Oliver D. Hart, *The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration*, Journal of Political Economy 94 (1986), 691 ff., *passim*; Oliver D. Hart/John Moore, *Property Rights and the Nature of the Firm*, Journal of Political Economy 98 (1990), 1119 ff., *passim*.

trag.⁵² Beim Auftragsverhältnis führen die grössten- teils selbständige Stellung des Beauftragten und das weitgehende Weisungsrecht des Auftraggebers zwangsweise zu einem sehr hohen Grad an Unbestimmtheit.⁵³ Die bestimm- baren Elemente der vertraglichen Beziehungen wie beispielsweise die Honorarabrede sind im Verhältnis zu den dominierenden unbestimmten Elementen von sekundärer Bedeutung: Letztlich lässt sich die konkrete Leistung, die der Beauftragte zu erbringen hat, mit allen ihren Eventualitäten im Voraus nicht aussagekräftig vertraglich regeln.⁵⁴ Die Verpflichtungen aus dem Auftrag werden denn auch als *obligatio faciendi* oder als *obligation de moyen* bezeichnet. Der Beauftragte hat einen Beitrag zum Erfolg zu leisten, ohne diesen garantieren zu können.⁵⁵

2.2.2 Fehlende Durchsetzungsmöglichkeit

Aufgrund der Unbestimmtheit des Auftrags und des offenen Verlaufs der Beziehung zwischen Auftraggeber und Beauftragten liessen sich Auftragsverhältnisse in die Zukunft gesehen nicht oder höchstens sehr beschränkt mit einer Vollstreckungsmassnahme durchsetzen. Weil wesentliche Teile der Leistung insbesondere des Beauftragten in der ursprünglichen Parteivereinbarung nicht definiert werden können, entfällt in diesem Umfang auch die Möglichkeit einer gerichtlichen Durchsetzung.⁵⁶

Selbst die laufende Beurteilung der Tätigkeit des Beauftragten kann sich für den Auftraggeber als schwierig erweisen, wenn ihm beispielsweise aufgrund von fehlenden Fachkenntnissen oder wegen der Nichteingliederung des Beauftragten in den eigenen Betrieb die Möglichkeiten zur Einschätzung der Auftragsausführung fehlen.⁵⁷

Das jederzeitige Kündigungsrecht erscheint dabei als Ergebnis einer normativen Entscheidung des Ge-

setzgebers, des bewussten Verzichts gewissermassen auf die an und für sich zur Verfügung stehende Option einer Durchsetzung der auftragsrechtlichen Pflichten.⁵⁸ Das Bundesgericht stellt zwar das Dogma der Vollständigkeit von Verträgen nicht infrage. Nach Art. 2 Abs. 2 OR hat das Gericht bekanntlich «nach der Natur des Geschäfts» über Punkte zu entscheiden, die die Parteien nicht geregelt haben. Formal gesehen sorgt das schweizerische Vertragsrecht für die Vollständigkeit von Verträgen: Was nicht von den Parteien selbst geregelt ist, lässt sich durch Auslegung aus dem Konsens der Parteien herleiten.⁵⁹ Für das Auftragsrecht allerdings anerkennt das Bundesgericht im Ergebnis die fehlende praktische Umsetzbarkeit dieses Dogmas. Die jederzeitige Kündbarkeit des Auftragsverhältnisses ist aus dieser Sicht nicht so sehr Konsequenz einer bewussten Abwägung zwischen den Interessen der Beteiligten, als viel mehr ein Eingeständnis der Grenzen des Vertragsrechts. Auftragsverhältnisse müssen jederzeit aufgelöst werden können, weil das Recht die «richtige» Auftragsausführung weder definieren noch durchsetzen kann.

Gestützt wird diese Sichtweise durch einen Vergleich mit der arbeitsrechtlichen Praxis: Bezeichnen- derweise ist die Kündigung von Arbeitnehmern in wichtigen Positionen meist mit einer sofortigen Freistellung von der Arbeitspflicht verbunden.⁶⁰ Erzwungene Arbeit kann freiwillig geleistete nicht ersetzen.

2.2.3 Erwartungsschutz durch jederzeitige Kündbarkeit

Aufgrund der fehlenden zwangsweisen Durchsetzungsmöglichkeit kann der Vertrag den Parteien keine Gewähr für einen erwartungskonformen Verlauf bieten. Mit der Möglichkeit, das Auftragsverhältnis jederzeit zu beenden, eröffnet sich eine Alternative zur zwangsweisen Durchsetzung.⁶¹ Das sofortige Kündigungsrecht gibt den Parteien ein Instrument in die Hand, um auf eine ihren Erwartungen

⁵² Vgl. ferner auch *Harald Bärtschi*, Verabsolutierte Relativität: Die Rechtsstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, Habil. Zürich 2009, 84; *Hans Caspar von der Crone*, Rahmenverträge – Vertragsrecht, Systemtheorie, Ökonomie, Habil. Zürich 1993, 162 ff.; *Andreas von Thur/Hans Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979, 285.

⁵³ Vgl. *Hofstetter* (Fn. 29), 69.

⁵⁴ Vgl. *Fellmann* (Fn. 36), N 94 f. zu Vorb. Art. 394–406.

⁵⁵ Statt vieler *Derendinger* (Fn. 48), N 91; *Gautschi* (Fn. 29), N 4b zu Art. 404 OR.

⁵⁶ Vgl. *von der Crone* (Fn. 52), 206.

⁵⁷ *Hofstetter* (Fn. 29), 70.

⁵⁸ In diesem Sinne hält auch *Honsell* (Fn. 37), 325 fest, dass nach richtiger Ansicht eine Erfüllungsklage an der jederzeitigen Widerrufs- und Kündigungsmöglichkeit scheitert.

⁵⁹ Vgl. zu den Mitteln der Vertragsergänzung *Huguenin* (Fn. 38), 305 ff.

⁶⁰ Vgl. dazu *Roger Rudolph*, Fokus Arbeitsrecht: Zankapfel «Ferien», TREX 20 (2013), 166 ff., 168.

⁶¹ *Von der Crone* (Fn. 52), 209.

entsprechende Gestaltung der vertraglichen Zusammenarbeit hinzuwirken.

Der offene Fortbestand der Vertragsbeziehung verleiht dem Anspruch auf erwartungskonforme Vertragserfüllung den Nachdruck, den der Vertrag selbst aufgrund seiner Unbestimmtheit nicht verleihen könnte.⁶² Eine in die Zukunft gerichtete Durchsetzung von auftragsrechtlichen Pflichten wäre mit hoher Wahrscheinlichkeit dysfunktional und könnte damit den Parteierwartungen nicht gerecht werden. Das zwingende jederzeitige Kündigungsrecht dient so gesehen auch dem Schutz der Parteierwartungen.⁶³ Das Recht stellt nicht mehr in Aussicht, als es leisten kann, und gibt zugleich beiden Parteien die Handlungsfreiheit, um auf eine den Erwartungen entsprechende Entwicklung der Vertragsbeziehung hinzuwirken.

2.2.4 Besonderes Vertrauensverhältnis

Die Unbestimmtheit des Auftrags verleiht diesem eine besondere Dynamik. Angesichts dieser Offenheit und Dynamik bedingt der Auftrag ein Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragten.⁶⁴

Insofern ist es richtig, dass das Bundesgericht dem Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien eines Auftrags im Zusammenhang mit Art. 404 Abs. 1 OR einen grossen Stellenwert beimisst. Für sich allein könnte der Hinweis auf das Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragtem, insbesondere wenn es im persönlichkeitsrechtlichen Kontext von Art. 27 ZGB verstanden wird, den zwingenden Charakter von Art. 404 Abs. 1 OR allerdings nicht in allen Fällen rechtfertigen. Dies gilt umso mehr, als zwischen Unbestimmtheit und Vertrauensverhältnis ein wechselseitiger Zusammenhang besteht. Die Unbestimmtheit der geschuldeten Leistung bedingt ein Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragtem; die Bedeutung die-

ses Vertrauensverhältnisses bedingt umgekehrt die dynamische Anpassungsfähigkeit des Auftrags und damit seine Unbestimmtheit.⁶⁵

2.2.5 Resultat

Die konstante Praxis des Bundesgerichts, wonach das jederzeitige Kündigungsrecht von Art. 404 Abs. 1 OR zwingender Natur ist, vermag trotz der Vorbehalte seitens der Lehre zu überzeugen.

Bemerkenswert ist immerhin die Frontstellung zwischen der konstanten Gerichtspraxis einerseits und der nachhaltigen Kritik seitens der Lehre andererseits. Die Virulenz dieser Kontroverse könnte auch in einem Zusammenhang zur Nachvollziehbarkeit der Begründung für die höchstrichterliche Rechtsprechung stehen. Lange nicht alle Auftragsverhältnisse zeigen höchstpersönliche Elemente. Begründet man den zwingenden Charakter von Art. 404 OR primär mit dem Hinweis auf höchstpersönliche Elemente in der Auftragsausführung, entsteht notwendigerweise der Eindruck einer überschüssigen Auslegung. Die Überlegungen zur Unbestimmtheit des Auftrags öffnen demgegenüber eine zweite Argumentationsschiene, die die Richtigkeit der Rechtsprechung des Bundesgerichts untermauert: Das Vertrauensverhältnis ist im Auftragsrecht nicht nur wegen der häufig persönlichen oder gar höchstpersönlichen Natur der Vertragsbeziehung relevant. Vielmehr ist es darüber hinaus auch eine schlichte Voraussetzung für die Zusammenarbeit in einem Vertragsverhältnis, das sich einer präzisen, prospektiven Definition entzieht.⁶⁶

3. Folgen einer Beendigung

Das Zugestehen der Möglichkeit, einen Auftrag jederzeit sofort aufzulösen, führt zur wichtigen Frage nach den Folgen einer solchen Auflösung. Innerhalb der Beendigungsfolgen ist dabei strikt zwi-

⁶² Auf die geringe Bedeutung des schriftlichen Vertrags und dessen rechtliche Sanktionen im Konfliktfall weist *Gidon Gottlieb*, *Relationism: Legal Theory for a Relational Society*, *The University of Chicago Law Review* 50 (1983), 567 ff., 574 ff. hin. Komme es zu einer Streitigkeit, seien die Parteien meist nur an einer endgültigen Vertragsbeendigung interessiert.

⁶³ Vgl. zu den Mechanismen des Erwartungsschutzes von *der Crone* (Fn. 52), 93 ff. m.w.H.

⁶⁴ Vgl. *Gautschi* (Fn. 29), N 10b zu Art. 404 OR; *Leuenberger* (Fn. 29), 22 f.

⁶⁵ Entsprechend stellt ein Vertrauensschwund die Kooperationsfähigkeit der Parteien und damit die Weiterführung des Auftrags infrage. Vgl. BGE 104 II 108, E. 4; *Hofstetter* (Fn. 29), 38; zurückhaltender *Fellmann* (Fn. 36), N 124 ff. zu Vorb. Art. 394–406 OR.

⁶⁶ Vgl. ferner *Oliver Hart/Bengt Holmström*, *The theory of contracts*, in: Truman F. Bewley (Hrsg.), *Advances in Economic Theory*, Cambridge 1987, 71 ff., *passim*, wonach Verträge in der Praxis oft in bedeutend weitergehendem Masse unvollständig sind, als theoretische Überlegungen dies vermuten lassen würden.

schen Kündigung zur Unzeit (Art. 404 Abs. 2 OR) und allgemeinem Investitionsausgleich zu trennen.

3.1 Kündigung zur Unzeit nach Art. 404 Abs. 2 OR

3.1.1 Bestimmung der Unzeit

Art. 404 Abs. 2 OR ändert nichts am grundsätzlichen Recht der Parteien, den Auftrag jederzeit durch einseitige Willenserklärung aufzulösen. Auch eine Vertragsauflösung «zur Unzeit» ist wirksam.⁶⁷ Das Thema der Unzeit beschlägt einzig die Frage, wie schnell ein Auftragsverhältnis vernünftigerweise ohne Schadenersatzfolgen aufgelöst werden kann.

Das Bundesgericht geht von einer unzeitigen Beendigung aus, wenn die auflösungswillige Partei durch grundlose Kündigung des Auftrags der anderen Partei besondere Nachteile verursacht.⁶⁸ Was unzeitig i.S.v. Art. 404 Abs. 2 OR ist, wird demnach primär von zwei Faktoren bestimmt: von der sachlichen Vertretbarkeit der Auflösung im konkreten Zeitpunkt einerseits und von den Konsequenzen der Vertragsauflösung andererseits.⁶⁹

Wie schnell ein vertretbarer Grund für die Vertragsbeendigung vorliegt, hängt wesentlich vom Ausmass der Unvollständigkeit eines Vertrags ab. Daneben kommt Überlegungen zur persönlichen Tragweite der Vertragsleistung ebenfalls eine gewisse Bedeutung zu. Konkret heisst dies: Je unbestimmter ein Auftrag ist bzw. je ausgeprägter sein höchstpersönlicher Charakter, desto weniger schnell wird Unzeit anzunehmen sein. Sind die Modalitäten eines Auftragsverhältnisses hingegen verhältnismässig genau definiert und sind keine Persönlichkeitsrechte berührt, besteht weniger Anlass zu einer unverzüglichen Vertragsauflösung. Unzeit wird demzufolge schneller vorliegen.

Auch der Aspekt der drohenden Verluste lässt sich sinnvoll in diese Abwägung integrieren. Verur-

sacht die sofortige Vertragsbeendigung substanzielle Verluste, muss das Verhalten der Gegenpartei umso stärker von der Norm abweichen, bis der Einsatz des Durchsetzungsinstruments einer sofortigen Kündigung gerechtfertigt ist.⁷⁰ Ist die Gegenpartei hingegen kaum von nachteiligen Konsequenzen betroffen, liegt in der Regel keine Unzeit vor.

3.1.2 Schadenersatz wegen Kündigung zur Unzeit

Kündigt eine Partei den Auftrag zur Unzeit, hat sie dem Vertragspartner den damit verursachten Schaden zu ersetzen. Nach der allgemeinen bundesgerichtlichen Formel gewährt Art. 404 Abs. 2 OR «keinen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns, sondern nur auf Ausgleich der besonderen Nachteile als Folge des unzeitigen Widerrufs».⁷¹

In Bezug auf bereits erfolgte und durch die Vertragsauflösung unnütz gewordene Aufwendungen sowie auf die Kosten des Vertragsschlusses ist grundsätzlich jede vorzeitige Beendigung des Auftrags nachteilig. Müssten alle diese getätigten Dispositionen bei Fehlen eines sachlich vertretbaren Auflösungsgrundes von Gesetzes wegen zwingend ersetzt werden, wäre die sofortige Kündbarkeit nach Art. 404 Abs. 1 OR wegen der damit verbundenen finanziellen Nachteile faktisch bedeutungslos.⁷² Das Dogma des jederzeitigen freien Kündigungsrechts müsste aufgegeben werden.

Der Umfang des nach Art. 404 Abs. 2 OR zu ersetzenden Schadens ist entsprechend deutlich enger zu fassen. Demzufolge grenzt das Bundesgericht den Anspruch der betroffenen Partei auf «besondere Nachteile» ein.⁷³ Dieser Begriff ist so zu verstehen, dass nur Schadenspositionen, welche allein durch die zeitliche Inopportunität der Kündigung entstehen, zu ersetzen sind.⁷⁴ Der Ausdruck stellt zudem

⁶⁷ *Fellmann* (Fn. 36), N 47 zu Art. 404 OR; *Frick* (Fn. 34), 140; *Gautschi* (Fn. 29), N 17e zu Art. 404 OR.

⁶⁸ BGE 110 II 380, E. 3b; BGE 106 II 157, E. 2c; vgl. demgegenüber die noch zu weite Definition des Unzeitbegriffs von BGE 104 II 317, E. 5b. Allgemein kritisch zum Begriff der besonderen Nachteile *Gauch* (Fn. 31), 12.

⁶⁹ Vgl. *Gehrer/Giger* (Fn. 40), 14. Diese beiden Kriterien werden vom Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung konsequent angewendet; vgl. BGer 4A_36/2013 vom 4. Juni 2013, E. 2.5; BGer 4A_141/2011 vom 6. Juli 2011, E. 2.4; BGer 4C.78/2007 vom 9. Januar 2008, E. 5.4.

⁷⁰ Vgl. *von der Crone* (Fn. 52), 295.

⁷¹ BGE 110 II 380, E. 4b; BGE 109 II 462, E. 4d; BGE 106 II 157, E. c.

⁷² Vgl. ähnlich *Hofstetter* (Fn. 29), 65 m.w.H.; *Reber* (Fn. 38), 502.

⁷³ Erstmals in BGE 106 II 157, E. c; vgl. dazu *Gautschi* (Fn. 29), N 17d zu Art. 404 OR, auf welchen der Begriff der «besonderen Nachteile» wohl zurückgeht. Weder das Bundesgericht noch *Gautschi* führen aber näher aus, worin genau die Besonderheit dieser Nachteil liegt.

⁷⁴ Der oft verwendete Begriff des negativen Vertragsinteresses wird dieser Umschreibung nicht in allen Einzelheiten gerecht. Vgl. die Begriffsverwendung bei *Reber* (Fn. 38), 502 f.; *Weber* (Fn. 40), N 17 zu Art. 404 OR. Ebenfalls kritisch *Frick* (Fn. 34), 143 f.

klar, dass auf der Grundlage von Art. 404 Abs. 2 OR gerade kein allgemeiner Investitionsausgleich erfolgen kann.⁷⁵ Aufwendungen, die bei einer nicht zur Unzeit erfolgten vorzeitigen Kündigung ebenfalls nutzlos geworden wären, sind nicht ersatzpflichtig. Da die Parteien eines Auftragsverhältnisses um dessen jederzeitige Kündbarkeit wissen, haben sie ein solches Szenario in ihre Kalkulationen einzubeziehen. Ziel des Schadenersatzes von Art. 404 Abs. 2 OR ist nur, den Vertragspartner so zu stellen, als wäre die Beendigung nicht in einem besonders ungünstigen Zeitpunkt erfolgt.⁷⁶

3.2 Investitionsausgleich

Von der Kündigung zur Unzeit unabhängig zu beurteilen ist das Thema des Investitionsschutzes.⁷⁷ Hier geht es in erster Linie um die Frage, ob die Parteien im Rahmen der Parteiautonomie Kostentragsregelungen für den Fall der Auflösung vereinbaren dürfen.

Die vertraglich korrekte Leistungserbringung kann etwa den Beauftragten zu Dispositionen zwingen, deren Zeithorizont angesichts der ausserordentlich geringen zeitlichen Tiefe des Auftrags einen Zielkonflikt unvermeidlich macht.⁷⁸ Tätigt eine Partei solche Investitionen, sollte ihr daraus kein Nachteil entstehen. Müssten pflichtgemässe Aufwendungen im Falle einer vorzeitigen Beendigung immer ersatzlos abgeschrieben werden, würde das Konzept der Vertragsbeendigung als Durchsetzungsinstrument eine erhebliche Schwäche aufweisen.

Mit der jederzeitigen Kündbarkeit werden Auftragsverhältnisse einem laufenden Konsenserfordernis unterworfen. Die Zusammenarbeit steht zu jedem Zeitpunkt zur Disposition und muss damit auch jederzeit durch den Konsens der Parteien getragen werden. Dieses Verhandlungsverhältnis bleibt nur soweit im Gleichgewicht, als nicht gerade die Investitionen, die zur Vertragserfüllung notwendig sind, eine Verlagerung der Verhandlungsmacht mit sich bringen.

Der Gedanke einer jederzeitigen Kündbarkeit eines Auftragsverhältnisses ist vor diesem Hintergrund nur dann korrekt umgesetzt, wenn beide Parteien die Kosten einer vorzeitigen Vertragsauflösung zu gleichen Teilen tragen. Erst ein sachgerechter Investitionsschutz stellt damit die Neutralität einer vorzeitigen Vertragsauflösung sicher und bietet so Gewähr dafür, dass das jederzeitige Kündigungsrecht den Parteien nicht nur formell, sondern auch materiell zur Verfügung steht. Neben Schadenersatz wegen Kündigung zur Unzeit muss also eine weitere Form von finanziellem Ausgleich zur Verfügung stehen. Parteiautonome Vereinbarungen über die Kostenverteilung einer vorzeitigen Vertragsauflösung müssen im Rahmen von Auftragsverhältnissen zulässig sein, ohne dass dabei Art. 404 Abs. 2 OR überhaupt zum Thema würde.⁷⁹ Sie sind geradezu Voraussetzung dafür, dass das jederzeitige Kündigungsrecht nicht bloss formell-rechtliches Programm, sondern darüber hinaus auch materiell-wirtschaftlich realistische Option ist. Das Bundesgericht scheint diese beiden Ebenen der Beendigungsfolgen in seiner Rechtsprechung nicht immer genügend scharf zu trennen.⁸⁰

Bedingung muss immerhin sein, dass die Kostentragsregelung keinen Strafcharakter hat.⁸¹ Quantitativ und qualitativ müssen solche Abreden im Zusammenhang mit den transaktionsspezifischen Investitionen stehen.⁸² Ist dieser Konnex gewahrt, führt auch eine asymmetrische oder eine pauschalisierende Regelung nicht zu einer Einschränkung des jederzeitigen Kündigungsrechts.⁸³ Nur wenn eine Ausgleichsklausel so ausgestaltet wird, dass sie zu einer Vertragsstrafe für die vorzeitige Auflösung des Vertragsverhältnisses wird, steht sie der Idee von Art. 404 Abs. 1 OR entgegen.⁸⁴

⁷⁵ In diesem Punkt weitgehend noch anders von der Crone (Fn. 52), 298 ff.

⁷⁶ Vgl. Derendinger (Fn. 50), N 74; Frick (Fn. 34), 145; Fellmann (Fn. 36), N 68 zu Art. 404 OR.

⁷⁷ Vgl. grundlegend Oliver E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York 1985, 15 ff.

⁷⁸ Von der Crone (Fn. 52), 298 f.

⁷⁹ Vgl. ferner Derendinger (Fn. 50), N 69.

⁸⁰ Vgl. etwa BGE 109 II 462, E. 4; BGer 4A_141/2011 vom 6. Juli 2011, E. 2.4.

⁸¹ Gautschi (Fn. 29), N 10e zu Art. 404 OR; Fellmann (Fn. 36), N 77 ff. zu Art. 404 OR; Weber (Fn. 40), N 13 zu Art. 404 OR. Vgl. im Zusammenhang mit einer Konventionalstrafe BGE 109 II 462, E. 4; BGE 104 II 108, E. 4; BGE 103 II 129, E. 1.

⁸² Zum Begriff der transaktionsspezifischen Vermögenswerte Williamson (Fn. 77), 52 ff.

⁸³ Bucher (Fn. 40), 228; Werro (Fn. 43), N 355 ff.; vgl. BGE 115 II 464, E. 4.

⁸⁴ Nach Fellmann (Fn. 35), N 78 zu Art. 404 OR wäre beispielsweise Strafcharakter anzunehmen, wenn trotz vor-

Sind diese Voraussetzungen gegeben, ist ein Auftragsverhältnis mit geregelter Kostentragung näher beim Gedanken von Art. 404 OR als eines ohne.

3.3 Würdigung

Das Bundesgericht fokussiert in seiner Rechtsprechung zu Art. 404 OR unseres Erachtens zu stark auf die Thematik der Unzeit und lässt den wichtigen Aspekt des Investitionsschutzes unerwähnt. Durch eine stärkere Trennung dieser beiden Ebenen liessen sich die Folgen einer sofortigen Vertragsauflösung besser kontrollieren.

Ein Blick in die Praxis zeigt, dass die Akteure sich dieser Problematik durchaus bewusst sind und von der Möglichkeit eines vertraglichen Investitionsausgleichs auch Gebrauch machen.⁸⁵ Ist kein expliziter Ausgleich für das Vertragsende statuiert, dürften die Investitionsrisiken nicht selten im Honorar des Beauftragten einkalkuliert sein.

4. Tragweite von Art. 404 OR

4.1 Anwendbarkeit auf atypische Auftragsverhältnisse

Das Bundesgericht fasst den Anwendungsbe-
reich von Art. 404 OR weit. Er umfasst neben typischen Aufträgen auch atypische Auftragsverhältnisse. Zudem gilt Art. 404 OR für gemischte Verträge, wenn er hinsichtlich zeitlicher Bindung der Parteien angemessen scheint.⁸⁶ Bei der Beurteilung, ob eine Anwendung für gemischte Verträge angebracht ist, stellt das Bundesgericht wiederum auf das Kriterium des gesteigerten Vertrauensverhältnisses ab.⁸⁷

Wie gezeigt, wird eine derart ausgedehnte Anwendung von Art. 404 OR vom Schrifttum mehrheitlich abgelehnt.⁸⁸ Kritisiert wird in erster Linie,

dass sich in atypischen Verhältnissen oftmals zwei professionelle Parteien gegenüberstehen und daher eine breite zwingende Anwendung aus Überlegungen des Persönlichkeitsschutzes nicht geboten sei.⁸⁹

Die mit der Unvollständigkeit eines Vertrags einhergehenden Probleme beschränken sich allerdings nicht auf typische Aufträge. Gerade die Komplexität von professionellen Dienstleistungsverträgen, welche teilweise als Argument gegen die zwingende Anwendbarkeit von Art. 404 OR für atypische Auftragsverhältnisse aufgeführt wird, verstärkt das Problem der Unschärfe des Vertragsinhalts erheblich.⁹⁰ Solche Verträge umfassen nicht nur bloss Wiederholungen, sondern zeichnen sich durch ein vielschichtiges Zusammenspiel verschiedenster Transaktionen aus. Eine regelmässig stark asymmetrische Informationsverteilung im Zeitpunkt des Vertragschlusses erschwert das Aushandeln einer vollständigen Vereinbarung zusätzlich. Es liegt somit auf der Hand, dass jede Art von Vertragsverhältnis mit gewichtigen auftragsrechtlichen Elementen ein problematisches Mass an Unvollständigkeit erreichen kann. Liegt ein solches vor, führt wiederum kein Weg an der zwingenden Anwendung von Art. 404 Abs. 1 OR vorbei.

Immerhin scheint die Rechtsprechung im Umgang mit Dienstleistungsverträgen tendenziell zu rasch auf die Bestimmungen des Auftragsrechts zurückzugreifen.⁹¹ Überall dort, wo im Voraus, beispielsweise in *service level agreements*⁹², klar definiert werden kann, welche Dienstleistungen zu erbringen sind, ist auch dann von einem werkvertragsrechtlichen Regelungsschwerpunkt auszugehen, wenn einzelne untergeordnete Elemente der Gesamtdienstleistung für sich allein als Auftrag zu qualifizieren wären. Die Anwendung der auftragsrechtlichen Beendigungsordnung bei Dienstleistungsverhältnissen sollte auf Sachverhalte beschränkt bleiben, in denen die Leistungen, insbesondere diejenigen des Dienstleistungserbringers, prospektiv nicht scharf definiert werden können.

zeitiger Beendigung das gesamte vereinbarte Entgelt ausgerichtet werden müsste.

⁸⁵ Vgl. etwa BGE 110 II 380, E. 3; BGE 109 II 462, E. 3.

⁸⁶ BGE 115 II 464, E. 2a; BGE 110 II 380, E. 2; BGE 106 II 157, E. b; BGE 104 II 108, E. 4; BGER 4A_141/2011 vom 6. Juli 2011, E. 2.2; BGER 4A_237/2008 vom 29. Juli 2008, E. 3.2.

⁸⁷ Vgl. beispielsweise BGER 4A_141/2011 vom 6. Juli 2011, E. 2.3.

⁸⁸ Siehe dazu vorne III.2.1.2, insbesondere die in Fn. 40 aufgezählten Autoren.

⁸⁹ Eingehend *Liatowitsch/Mondini* (Fn. 39), 300; vgl. auch *Homburger* (Fn. 35), 31 f.

⁹⁰ A.M. *Reber* (Fn. 38), 535, der ohne nähere Begründung die Auffassung vertritt, dass sich bei atypischen Verhältnissen die Leistungsinhalte in der Regel genauer umschreiben lassen.

⁹¹ Vgl. dazu *Weber* (Fn. 40), N 23 zu Art. 396 OR m.w.H.

⁹² Vgl. zum Begriff *Ursula Sury*, *Informatikrecht*, Bern 2013, 44 f.

4.2 Anwendbarkeit auf Verträge mit Dauerschuldcharakter

Kontrovers diskutiert wird, ob sich die Tragweite von Art. 404 OR auch auf Verträge mit Dauerschuldcharakter erstrecken kann.⁹³

Auftragsverhältnisse können als einfache Schuldverträge oder als Dauerschuldverträge ausgestaltet werden.⁹⁴ Zwischen diesen beiden Ausgestaltungsformen sind allerdings keine für Art. 404 OR relevante Unterschiede auszumachen.⁹⁵ Da Dauerschuldverhältnisse meist eine noch offene Zahl wiederkehrender Leistungen umfassen, tritt die Problematik der Unvollständigkeit des Vertrags gar in besonders akzentuierter Form zutage. Art. 404 OR beschlägt entsprechend beide Ausgestaltungsformen gleichermaßen.

IV. Revision von Art. 404 OR

Sieht man die Begründung für das jederzeitige Kündigungsrecht zuerst in der notwendigen Offenheit von Auftragsverhältnissen, so besteht kein Anlass für eine Neugestaltung von Art. 404 Abs. 1 OR. Dessen zwingender Charakter, wie er der konstanten Bundesgerichtspraxis entspricht, wäre im Rahmen einer Revision von Art. 404 OR beizubehalten.

Wünschenswert wäre hingegen, dass die Zulässigkeit allfälliger Vereinbarungen über den Investitionsschutz als Voraussetzungen für das jederzeitige Kündigungsrecht mehr Beachtung findet. Obwohl solche Abreden schon unter dem aktuellen Wortlaut von Art. 404 OR möglich sein müssen und von der Rechtsprechung somit zugelassen werden könnten, wäre eine diesbezügliche Klarstellung durch den Gesetzgeber denkbar.⁹⁶

Auf eine Neuregelung, welche es den Parteien für den Fall einer vorzeitigen Vertragsbeendigung erlauben würde, den Ersatz des vollen positiven Schadens, allenfalls verbunden mit einer Konventionalstrafe, zu vereinbaren, ist zu verzichten.⁹⁷ Die notwendige jederzeitige Kündbarkeit von Auftragsverhältnissen

würde durch das Zulassen solch starker Einschränkungen zum toten Buchstaben.

V. Fazit

Die umstrittene bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Natur und Tragweite von Art. 404 OR vermag grundsätzlich zu überzeugen.

Bei der Rechtfertigung des zwingenden Charakters von Art. 404 OR dürfte unseres Erachtens allerdings die Unvollständigkeit des Auftrags stärker in den Vordergrund treten. Was sich nach der klassischen Dogmatik aus den Persönlichkeitsrechten des Auftraggebers und des Beauftragten ableitet, lässt sich auch als Eingeständnis der Grenzen des Rechtssystems verstehen. Das Auftragsrecht zieht eine jederzeitige Kündbarkeit des Auftragsverhältnisses vor, weil es aufgrund der besonders offenen Natur von Aufträgen im Einzelnen nicht vorschreiben könnte, was richtige Vertragserfüllung ist. Der stets ungewisse Fortbestand der Vertragsbeziehung, welchen ein zwingender Art. 404 Abs. 1 OR mit sich bringt, verleiht dem Anspruch auf richtige Vertragserfüllung denjenigen Nachdruck, den der Vertrag selbst nicht verleihen kann.

Im Rahmen der Beendigungsfolgen sollte in Präzisierung der bisherigen Praxis stärker zwischen Unzeit und Investitionsschutz differenziert werden. Nur wenn die finanziellen Konsequenzen einer sofortigen Vertragsauflösung parteiautonom den beteiligten Parteien verteilt werden können, ist die Idee der jederzeitigen Auflösung nach Art. 404 OR auch materiell und ökonomisch verwirklicht.

Diese Überlegungen lassen sich, wie gezeigt, auch auf atypische Auftragsverhältnisse und Vertragsverhältnisse mit Dauerschuldcharakter übertragen. Um eine überschüssende Anwendung von Art. 404 OR auf professionelle Dienstleistungsverträge zu verhindern, bedürfen diese stets einer sorgfältigen rechtlichen Qualifikation.

⁹³ Siehe ausführlich *Gauch* (Fn. 44), 520 ff.; vgl. *Werro* (Fn. 43), N 371 ff.

⁹⁴ *Derendinger* (Fn. 50), N 101 f.; *Fellmann* (Fn. 36), N 198 f. zu Art. 394 OR.

⁹⁵ *Gauch* (Fn. 44), 524.

⁹⁶ Vgl. dazu vorne III.3.2 und III.3.3.

⁹⁷ A.M. *Werro/Douzals/Carron* (Fn. 47), 219.